

## SEÇÃO CÍVEL

### Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público

LUIZ RENATO TOPAN  
Promotor de Justiça — MG

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Contrato de adesão. 3 — Defesa dos direitos do consumidor pelo Ministério Público. 3.1 — Direitos do consumidor como interesse difuso. 3.2 — Fase pré-processual. 3.3 — Fase judicial. 4 — Controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. 4.1 — Veto presidencial ao art. 51, § 3.º do Código do Consumidor. 4.2 — Inquérito civil e controle dos contratos. 4.3 — Ação civil pública e o controle dos contratos. 5 — Conclusão.

#### 1 — Introdução

O escopo temático deste trabalho, resta estampado em seu título. Qual seja: o controle da legalidade dos contratos de adesão, prévia e abstratamente, pelo Ministério Público, utilizando-se do inquérito civil e da ação civil pública.

Para atingirmos este ponto de debate, introduziremos o leitor no tema através de uma rápida digressão nas matérias atinentes ao contrato de adesão, interesses difusos e atuação do Ministério Público na defesa da comunidade. Feita esta exposição chegaremos à **magna quaestio**, traçando nossas ponderações a respeito da possibilidade do referido controle, dos instrumentos a serem utilizados para esta função e sobre a abrangência e eficácia da tutela outorgada.

Outrossim, não poderíamos debater o tema sem investigarmos os motivos do veto presidencial aos arts. 51, § 3.º e 54, § 5.º, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa e Proteção ao Consumidor), bem como suas influências nas atribuições do **Parquet**, em questão.

Sem sombra de dúvida a aventada **magna quaestio**, ensejará discussões sobre a existência da citada atribuição do Ministério Público. Porém, nossos intérpretes devem tomar postura frente a atual dinâmica social, pois, o profissional do direito é um homem do seu tempo, operário de uma ciência social, nitidamente de caráter

evolutivo. Ficar encastelado em conceitos já cristalizados é distanciar o direito de seu criador: o povo, desfigurando a mais fundamental base do Estado Democrático.

As atribuições do Ministério Público foram definitivamente sedimentadas na Constituição Federal de 1988, na qual se conferiu ao **Parquet** a missão protetiva dos mais caros interesses da sociedade. Ora, quando toda uma nação se serve de um poder supremo, o poder constituinte originário, indiscutivelmente ilimitado e soberano, para outorgar a uma instituição o mister de protegê-la, não é crível que tenha ocorrido mera mudança conjuntural, mas sim estrutural, optando por uma nova configuração de poderes.

Face a essa inegável situação não se pode interpretar o direito processual de modo a obstaculizar a defesa da sociedade, não se concebe imaginar um formalismo exacerbado em detrimento da questão de fundo, pois, quando tratamos de interesses difusos, carregados de alta densidade social, há uma singular mobilidade para o intérprete, possibilitando ao jurista buscar uma efetiva tutela para a comunidade.

Devemos nos libertar dos grilhões impostos pelo pensamento liberal-individualista pós-revolução francesa, condizente apenas com a solução de conflitos interindividuais, porém anacrônico para tratar dos nominados conflitos metaindividuais, envolvendo interesses difusos.

## 2 — Contrato de adesão

A moderna sociedade de consumo, em que está presente a massificação das relações contratuais, caracterizada pelo monopólio ou ao menos uma estreita divisão do mercado de fornecimento de produtos e serviços, essenciais à subsistência humana, paulatinamente criou uma figura jurídica denominada contrato de adesão ou por adesão, como prefere Caio Mario da Silva Pereira (Instituições, v. III, pág. 124, Forense, RJ).

Não interessa ao presente trabalho investigar a natureza jurídica do contrato de adesão, ou seja, se este tem ou não caráter contratual (Duguit, Planiol, Ripert e De Page), público (Lafaille) ou misto (Hauriou); apenas traçaremos sua conceituação para adentrarmos na questão principal.

A doutrina conceitua-o de diversas formas.

Arnoldo Wald, afirma ser:

“Contrato de adesão aquele em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo” (Obrigações e Contratos, pág. 174, 5.ª ed., SP, 1971).

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, em conceituação mais sintética, leciona:

“Chamam-se contratos por adesão (expressão mais correta do contrato de adesão) aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra” (Instituições, vol. III, pág. 50, 7a. ed., RJ, 1974).

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento conceitua que:

“Contrato de adesão é aquele em que carece a uma das partes da liberdade de discutir cláusulas contratuais, impostas pelo outro contratante, embora lhe reste a liberdade de aceitar ou recusar o contrato” (Comentários ao Código do Consumidor, pág. 72, 1a. ed., RJ, 1991).

Por fim, hodiernamente, temos um conceito legal de contrato de adesão, estampado do art. 54, **caput**, da Lei n.º 8.078/90 (Código do Consumidor):

Art. 54 — Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Vislumbram-se, das diversas conceituações, que o citado contrato possui as seguintes características:

- I — fixação das regras contratuais unicamente por uma parte;
- II — desequilíbrio entre o polivalente e o oblato;
- III — essencialidade do objeto (não há outra opção de consumo ou ao menos diminuta);
- IV — caráter de oferta contratual ao público em geral.

Com a **prefixação do conteúdo contratual**, desde já começa o polivalente a chamar a si a parte forte da relação, não possibilitando ao oblato que aderir a contrapartida (note-se que no Código do Consumidor, art. 54, § 1.º, preceitua-se que “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.”).

Arnoldo Wald nota esta questão ao afirmar que “não havendo entre os contratantes a igualdade jurídica, mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal polivalente admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta” (obra citada, pág. 175).

Corroborar a situação de patente desequilíbrio a inferioridade econômica do consumidor. Pois, esta forma contratual é usada para regulamentação de oferta de produtos e serviços geralmente ligados ao **monopólio de mercado, configurando na prática a simplória opção de contratar ou não**, deixando clara a superioridade do ofertante.

Neste sentido professa Menger, proclamando que “não pode ser livre aquele que está em posição de inferioridade econômica”, lição completada pelo raciocínio de Morin no sentido de que “a liberdade supõe uma igualdade pelo menos aproximativa da situação econômica entre os contratantes” (in A Revisão Judicial dos Contratos, J. M. Othon Sidou, pág. 169, 2.ª ed., RJ, Forense, 1984).

Porém, fato mais importante é o que pertine ao objeto dos contratos de adesão.

Este, por sua própria natureza, é ligado à configuração de relações contratuais massificadas, atinentes a produtos e serviços básicos à vida humana cotidiana, ou seja, está repleto de densidade e essencialidade social. Em regra estes contratos envolvem questões faticamente indisponíveis, v.g. transporte coletivo, fornecimento de água, luz, etc. Produtos que na sociedade moderna são ligados à subsistência.

A necessidade de consumir dilarga mais ainda o poder do fornecedor.

Outra não é a opinião de J. M. Othon Sidou:

“..., o fato de dirigir-se a oferta a uma utilidade irrecusável em determinado momento, robustece o poderio da parte ofertante e faz o desequilíbrio de forças no conceito negocial”(...) “Seria viver em cônica irreabilidade supor que o indivíduo comum de nosso tempo tem opção para deixar de adquirir um bilhete de transporte, de despachar uma encomenda, de efetuar um seguro, de comprar à prestação, de movimentar uma conta bancária. Em face de todo contrato de adesão, há sempre um grande, o ofertante, e sempre um pequeno, o aderente.” (obra citada, pág. 175 e 195).

Em consonância com esta idéia, afirma o saudoso Orlando Gomes:

"O que caracteriza o **contrato de adesão** propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não poderia ser atendido" (Contratos, Forense, RJ, 12.<sup>a</sup> ed., pág. 131).

Pelo exposto, notamos que pelas três características citadas (I, II e III), ligadas à quarta (IV — oferta contratual ao público em geral), o contrato de adesão, apesar de ser figura jurídica indispensável à economia de mercado, **atinge disseminadamente a massa de consumidores, tendo por isso relevância social singular. Principalmente pelo desequilíbrio gerado por suas próprias particularidades. Por isso, a parte hipossuficiente na relação de consumo merece proteção especial do Poder Público, tendente a estabelecer a igualdade contratual.**

Neste passo o Ministério Público ganha relevo.

### 3 — Defesa dos direitos do consumidor pelo Ministério Público

#### 3.1 — Direitos do consumidor como interesses difusos

Nas origens do Estado Liberal, as leis fundamentais consolidaram os direitos do indivíduo como limitação ao poder absoluto do Estado. Em fase sucessiva, pela crescente complexificação das relações sociais, o mundo jurídico passa a reconhecer direitos sociais, que não são mais aqueles subjetivos propriamente ditos. Este processo se acelera com a industrialização, que, a partir do século XIX, aprofundou as desigualdades geradas pelo conflito entre o Capital e o Trabalho, atribuindo ao Poder Público novas obrigações positivas de garantir além da igualdade formal (isonomia) e igualdade real entre cidadãos; nasce o chamado **Welfare State**.

Como consequência deste desenvolvimento econômico e da política intervencionista do estado, surgem conflitos de natureza diversa daqueles em que o abuso do poder na economia e a força da ação estatal atingem direitos subjetivos de titulares determinados.

Estes novos conflitos transcendem as relações interindividuais, convertendo-se em lesões metaindividuais, ofendendo direitos da comunidade como um todo, nos chamados interesses difusos e coletivos.

Não são sinônimos os conceitos de interesses difusos e coletivos.

Na concepção tradicional, o interesse está sempre ligado ao seu titular. Podem surgir relações jurídicas mais simples entre indivíduos (relação interindividual), ou entre mais de um titular em qualquer dos pólos (relação plurissubjetiva), todas, porém, enquadradas na estrutura clássica. Apesar de ser amplo o grupo do segundo exemplo, sempre há a possibilidade de individuação de seus integrantes, pois estão ligados por uma relação base de direito (sociedade, condomínio, etc). Neste passo ensina, com a habitual genialidade, José Carlos Barbosa Moreira, que "o interesse pode ser comum a grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão do vínculo jurídico que as une todas entre si, sem, no entanto, situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva" (Temas de Direito Processual, 1.<sup>a</sup> série, Saraiva, 1977, SP, pág. 110).

Este é o interesse coletivo.

Outras vezes a relação entre as pessoas se estabelece por dados de fato, fatores conjunturais e genéricos, acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o

mesmo produto, etc. Tratando-se de interesses espalhados e informais de massa, comuns a um conjunto indeterminado de pessoas. É o chamado interesse difuso.

Nota-se que este possui as seguintes características:

- a) ausência de relação jurídica base;
- b) presença de relação base, meramente fática;
- c) indeterminação, ou difícil determinação dos titulares
- d) indivisibilidade do objeto.
- e) lesão disseminada.

O direito do consumidor, apesar de um certo ângulo configurar-se divisível em parcelas individuáveis nos casos concretos (v.g. aquisição de um produto viciado), quando visto sob o aspecto **macro**, da disseminação na massa indeterminável de consumidores (v.g. o vício no citado produto é de toda a série produzida, tendo esta cerca de 5.000 unidades no mercado), é nitidamente caracterizado como interesse difuso, ensejando uma lesão metaindividual e necessitando de uma tutela também difusa.

Caracterizado como interesse difuso, o direito do consumidor se transforma visceralmente em direito de todos, patrimônio comunitário.

Mauro Cappelletti afirma com maestria que "a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente importância na sociedade contemporânea". (Tutela dos Interesses Difusos, Rev. M. P. R. G. S., v. 1, n. 18, pág. 30.)

Por esta caracterização, os interesses difusos ligados ao consumidor adentram na esfera do dever-poder do Ministério Público de proteger, através do **inquérito civil e da ação civil pública**, a comunidade em seus mais caros direitos.

#### 3.2 — Fase pré-processual

O Ministério Público, nas suas atribuições de proteção aos interesses difusos, in espécie, Direitos do Consumidor, é titular exclusivo de um instrumento de colheita e análise de elementos, tendentes a formar a convicção de seu órgão de execução para a propositura da ação civil pública — o **Inquérito Civil, ex vi** do art. 8.<sup>o</sup>, Lei n. 7.347/85 e art. 129, III, C.F..

Este também é chamado por alguns autores de procedimento administrativo preliminar (Ada Pellegrini Grinover, Ações Coletivas..., Seleções Jurídicas, ADV. pág. 3, fevereiro, 1986), configurando-se de fundamental importância para o M.P. pois possibilita, pelos sistemas criados para garantir-lhe eficácia (art. 8.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup> — poder de requisição; art. 7.<sup>o</sup>, — dever de informar; art. 10 — criminalização), uma efetiva investigação. Conforme leciona Édís Milaré "saindo dos corredores apertados da prova, e passando a ter o domínio dos fatos" (A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, pág. 19, Saraiva, SP, 1990).

É por isso, instrumento de caráter pedagógico (o aspecto intimidativo muitas vezes obstaculiza o iminente dano **de per si**), preventivo e reparatório (recolhe elementos para a ação civil pública e permite a utilização do compromisso de ajustamento de conduta, art. 5.<sup>o</sup>, § 6.<sup>o</sup>, Lei n. 7.347/85).

Na tutela dos direitos do consumidor, configura-se elementar, pois é a sede para o repositório dos fatos, aptos a gerar a **actio**, buscando o provimento jurisdicional para resguardar estes interesses.



### 3.3 — Fase judicial

Formada a convicção do órgão de execução do M.P., de que ocorreu ou ocorrerá (possibilidade e probabilidade objetivamente presentes) lesão a certos interesses difusos, este deverá (poder-dever) usar a denominada **ação civil pública**, como instrumento próprio a buscar a tutela jurisdicional, apta a protegê-los (hoje, regulada na Lei n. 7.347/85 e C.F., art. 129, III).

O Ministério Público figura como órgão agente, legitimado extraordinariamente, ou seja, é substituto processual, postulando em nome próprio direito alheio (interesses difusos), na linguagem chiovendiana.

Para Édis Milaré, a ação civil pública configura-se como “o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função judicial” (obra citada, pág. 6).

Para o Ministério Público, além deste direito, há o dever, o poder-dever de proteger os citados interesses.

Conclui-se que convencendo-se o órgão de execução do M.P. da ocorrência de dano ou sua iminência (justa causa para a *actio*), a um interesse da comunidade, possui o instrumento processual próprio da ação civil pública para protegê-lo.

### 4 — Controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público

Conforme exposto anteriormente, a utilização no mercado, em grande escala, dos contratos de adesão, possui uma significativa relevância social, principalmente pelo desequilíbrio gerado pela hipossuficiência econômica de uma das partes; pela predeterminação do conteúdo contratual e essencialidade de seu objeto (geralmente ligado ao fornecimento de produtos e serviços com pouca opção de mercado ou até monopólio, bem como de regras inerentes à própria subsistência do corpo social).

Portanto, as lesões geradas pela utilização destes contratos, configuram-se danos espalhados nos patrimônios dos consumidores em geral, ocorrendo o fenômeno da lesão em massa, tornando indeterminados os sujeitos prejudicados, ou seja, ocorre um prejuízo a um interesse difuso. Esta situação exige uma solução também difusa, metaindividual.

Ao Ministério Público, foi outorgada esta “representatividade”, qual seja, a legitimação extraordinária para buscar a tutela necessária para a efetiva proteção aos direitos do consumidor. Para tanto possui instrumentos adequados, pré-processuais — inquérito civil — e judiciais — ação civil pública.

O Código do Consumidor, corroborando a essencial função protetiva do **Parquet**, previu em seu projeto inúmeros meios para esta instituição atingir seu escopo constitucional de guardião dos mais caros valores da comunidade.

Porém, no procedimento de elaboração legislativa, o Presidente da República, através do poder de veto, retirou alguns destes instrumentos, caracterizando uma perda, não para o Ministério Público, mas sim, para o povo.

#### 4.1 — Veto presidencial ao art. 51, § 3.º do Código do Consumidor

Na Seção denominada “Das Cláusulas Abusivas”, dentro do Capítulo “Da Proteção Contratual”, o Congresso Nacional aprovou o art. 51, § 3.º, da Lei n.º 8.078/90, que preceituava:

Art. 51 — .....

§ 3.º — O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo, abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

Com total infelicidade, o Presidente da República vetou tal dispositivo com os seguintes argumentos:

“Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5.º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F., art. 5.º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o constituinte imprimiu a essa instituição (C.F., arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4.º, do Projeto”. (Diário Oficial, suplemento ao n.º 176, pág. 10, 12 de setembro de 1990).

Nota-se, que estes fundamentos não resistem a uma análise com honestidade jurídica.

Quanto ao primeiro, resta totalmente descabido, pois, o que a C.F. quis preceituar não foi a necessidade da norma complementar para regular de forma exclusiva e taxativamente as atribuições do Ministério Público, apenas impõe a edição desta norma para consolidar genérica, sistemática e exemplificativamente tais poderes-deveres, mas, nunca limitando a si a base legal de atribuições do **Parquet**, impossibilitando que a legislação ordinária o faça, bem como rejeitando as normas compatíveis a serem recepcionadas pela nova Constituição.

Tão absurda é esta interpretação, que, em seqüência lógica, se só a citada lei complementar é que pode dar atribuições ao M.P., conseqüentemente a lei ordinária (como o é o Código do Consumidor) não o poderia; e por isso não haveria recepção constitucional das leis ordinárias que o fazem (CPC, CCb, CPP, CP, etc.), levando a um total vazio em sede de atribuições do M.P., ou seja, os seus membros ficariam de “braços cruzados” à espera de sua lei complementar.

Estranheza também causa a incoerência do Presidente da República, pois, alguns meses antes sancionou no bojo da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) várias atribuições do M.P. (art. 200 e seguintes).

Ora, o poder de veto atine a duas versões: por ser o dispositivo inconstitucional (ato administrativo vinculado, devendo ser motivado e passível de revisão judicial) ou contrário ao interesse público (ato administrativo discricionário, elementos da oportunidade e conveniência). **In casu**, usou-se a primeira forma, composta por seu fundamento, podendo ser revista pelo Poder Judiciário, mormente pelo total equívoco jurídico ocorrido.

A segunda matéria do veto — exclusividade do Poder Judiciário para a análise da legitimidade dos atos jurídicos — é completamente inócua.

O veto se fundamentou no art. 5.º, XXXV, C.F., que preceitua a impossibilidade de se excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças a direito.

Em momento algum, no dispositivo vetado, se preceituou que a análise de eventuais lesões a direitos, oriundas da relação contratual, se furtariam ao **due process of law** (art. 5.º, LIV, C.F.), muito menos ao princípio do referido artigo.

O que o povo brasileiro pretendeu, por seus representantes, foi instrumentalizar o **Parquet** para defendê-lo com mais eficácia.

O M.P., através do inquérito civil, analisaria as cláusulas gerais dos contratos, notadamente nos de adesão (art. 54, § 5.º — vetado). Análise esta, que redundando na conclusão de abusividade de alguma cláusula, importaria em **decisão de cunho administrativo**, visando a prevenção do dano ao consumidor, em que se decretaria a nulidade, das respectivas cláusulas em caráter geral. Ou seja, **na esfera administrativa** haveria uma solução tutelando **erga omnes** os consumidores vinculados àquela relação contratual específica, independentemente de dado efetivo e individual.

A norma vetada não exclui a possibilidade de qualquer interessado buscar a via judicial, pretendendo a revisão do ato perpetrado pelo órgão de execução do Ministério Público.

Detrai-se que, mais uma vez, o Estado de Direito, ideal da democracia, foi desrespeitado com um veto visceralmente errado em sua fundamentação.

Porém, apesar do citado veto, entendemos que a legislação vigente possui conteúdo normativo de molde a conferir ao Ministério Público a atribuição do controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais, em caráter geral, notadamente nos contratos de adesão que envolvem uma gama enorme de consumidores. Talvez, não com a dimensão pretendida no art. 51, § 3.º, mas com certeza contribuindo singular e imprescindivelmente na efetiva tutela do consumidor.

Esta atuação se configurará, tanto em sede do inquérito civil como com sua eventual repercussão judicial.

#### 4.2 — Inquérito civil e controle dos contratos

O inquérito civil, como visto anteriormente, é instrumento pré-processual apto a reunir elementos, susceptíveis a ensejar uma ação civil pública.

No tema em pauta, de que forma poderá este procedimento servir para o controle prévio e abstrato, em caráter geral, de cláusulas abusivas-nulas?

Este possibilita uma preordenação e organização dos elementos fáticos e jurídicos ligados à investigação da abusividade de uma cláusula contratual. Com esta sistematização há maior facilidade de análise dos casos de lesão ao consumidor.

Mas, o que nos parece mais importante no inquérito civil é a possibilidade que o Ministério Público tem de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua atribuição, *ex vi* do art. 129, III, C.F., na forma da lei complementar respectiva.

Quando houver cláusula contratual abusiva, portanto nula de pleno direito, a lesar interesses difusos ou coletivos do consumidor, investiga-se esta abusividade em sede do inquérito. Concluindo-se que realmente a cláusula analisada é nula (art. 51, CDC), esta solução fará parte de um relatório conclusivo, nos moldes do art. 22, II, Lei Complementar n.º 40/81, ou seja, com relatório, fundamentação e conclusão.

O conteúdo do relatório conclusivo será objeto de notificação ao contratante-fornecedor, o qual a cláusula abusiva aproveita.

Notificada a citada parte, neste momento, tem plena e irretorquível ciência da abusividade e conseqüentemente da nulidade de pleno direito, *ex vi* do art. 51. Ou seja, a partir de então, se continua a dar aplicabilidade à cláusula viciada, demonstra claramente sua má fé.

Caracterizada esta, não há influência sobre o *dies a quo* da nulidade, pois, notório ter este efeito *ex tunc*. Porém, a notificação caracterizadora do momento

indubitável da má fé, possui efeitos importantes, seja na tutela dos consumidores que já formaram sua relação contratual, seja em relação a eventual massa de consumidores-oblatos.

Quanto às **relações obrigacionais já formadas**, a referida notificação, caracteriza de modo claro a **atuação culposa da parte**, ensejando a configuração de um dos elementos de maior dificuldade da teoria clássica da responsabilidade civil — a culpa —, que no caso em espécie é aplicável (não se trata aqui do Capítulo IV, Seções II e III do CDC).

Fundamental tal questão, pois, apesar da abusividade gerar *de per se* a nulidade da cláusula, passível de ser declarada judicialmente com efeito *ex tunc*, não tem o condão de buscar por si só a **reintegração patrimonial do consumidor-contratante**, pelos danos eventualmente sofridos. Aqui, terá de navegar no tormento-mar da **teoria geral da responsabilidade civil com culpa**, tendo que provar todos seus elementos (conduta + resultado danoso + nexo de causalidade + culpa), *ex vi* dos arts. 159, CCb e 333, I, CPC, para se ressarcir dos danos emergentes e lucros cessantes.

Outrossim, o mais importante efeito da notificação referida, se dá quanto às **relações obrigacionais a se constituírem**.

Dentre as espécies de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, existe a advinda da denominada **culpa in contraendo**, em que uma das partes contratantes, tendo ciência que o contrato é viciado *ab initio*, leva adiante a sua formação. Tal atitude fere frontalmente o princípio da boa fé, que rege a teoria geral dos contratos. Orlando Gomes lecionava, em relação ao princípio citado:

“Ao princípio da boa fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas” (Obra citada, pág. 43).

Outra não é a lição de José de Aguiar Dias:

“Igualmente incluída na categoria protetora de boa fé estará a responsabilidade de quem contrata, sabendo que o contrato é nulo. Essa responsabilidade é de índole extracontratual...” (Da Responsabilidade Civil, v. I, pág. 153, Forense, RJ, 1983, 7.ª ed.).

Pelo analisado, detrai-se de nodal importância a medida notificadora do relatório conclusivo do inquérito civil, pois constitui elemento caracterizador da má fé contratual em face dos potenciais consumidores-oblatos; no que contribui à perquirição da responsabilidade civil. Pois, caracterizada a ciência da nulidade-abusividade de uma cláusula contratual pelo polícitante, comprovado resta o elemento **culpa** da referida responsabilidade civil *in contraendo*, bastando ao consumidor lesado provar os seus elementos objetivos (conduta, resultado danoso e nexo causal), o que é de inegável maior facilidade.

Relacionando esta função instrumental do inquérito civil com os contratos de adesão, notamos que sua contribuição se dilarga para a defesa do consumidor, por esta espécie ter como fundamental característica a **oferta contratual ao público em geral**, asseverando-se pela essencialidade dos serviços e produtos que guarda por objeto.

Coloquemos o exemplo de um inquérito que conclua que certa cláusula de um contrato de adesão de expansão de serviços de telefonia fosse abusiva, portanto, nula. Notificada a concessionária, a tutela mencionada estenderia-se a milhares de



consumidores, sejam já partes da relação contratual, sejam oblatos; sem se cogitar do caráter intimidativo e pedagógico gerado, criando uma maior "receptividade" para a correção de seus atos, por parte do fornecedor.

Do exposto, conclui-se ser o inquérito civil, instrumento de titularidade exclusiva do Ministério Público, apto a proceder parte do controle dos contratos de adesão, através da reunião e análise dos elementos atinentes a certo contrato, notadamente de seu **formulário-padrão**. Como medida de maior eficácia temos a **notificação da parte formuladora** (da conclusão de haver cláusula abusiva-nula); o que ensejará proteção concreta aos que já são parte na relação, bem como **prévia e abstrata aos eventuais consumidores-oblatos**.

Ao dizermos, no parágrafo anterior, que o inquérito civil está apto a fazer "parte do controle dos contratos de adesão", queremos ressaltar que este círculo protetivo se fecha com o acesso à tutela jurisdicional.

### 4.3 — Ação civil pública e o controle dos contratos

Reunidos os elementos, que levem à conclusão da existência de cláusula abusiva, o Ministério Público, como legitimado concorrente disjuntivo, deverá interpor ação civil pública na defesa dos interesses difusos dos consumidores (aqueles que constituem a massa indeterminada de oblatos), buscando **tutela cognitiva declaratória** — declaração de nulidade da cláusula.

**Conclui-se**, que quanto à proteção prévia e abstrata, inquérito civil e ação civil pública agem de forma integrada:

— o inquérito, além do aspecto intimidativo pedagógico e do ensejo a formação de um compromisso de ajustamento de conduta, possui o poder, através da notificação do relatório final que conclui pela nulidade-abusividade de uma cláusula contratual, de fixar a ciência inequívoca do fornecedor-policitante desta nulidade, questão visceral para a determinação da responsabilidade civil por culpa **in contrahendo**.

— a ação civil pública, buscando a declaração judicial da nulidade da cláusula abusiva, constante no formulário-padrão do contrato de adesão, resguardará todos os eventuais consumidores-oblatos, pois, ao contratarem, a dita cláusula já não fará parte integrante de sua relação obrigacional. Com isso, aderirão a um contrato regular (note-se, que todos sabemos que a nulidade de pleno direito, como é a que estudamos, **ex vi** do art. 51, CDC, enseja que o ato nulo não produza efeitos e possui abrangência **ex tunc**, mas, **necessariamente terá de ser declarada judicialmente**).

Assim, o Ministério Público, como substituto processual, buscará, independentemente da formação de relações contratuais específicas, ou seja prévia e abstratamente, proteger os interesses metaindividuais ou difusos dos consumidores.

### 5 — Conclusão

Sem nenhum esforço, detrai-se que o Ministério Público possui atribuição e poder para fazer o **controle prévio, abstrato e geral dos contratos de adesão**, utilizando-se dos instrumentos do **inquérito civil** e da **ação civil pública**. Desconhecer este poder é caminhar em descompasso com a evolução social e institucional brasileira; é utilizar-se de uma interpretação assistemática anacrônica e desvirtuada

da vontade que o povo estampou na lei, retirando-lhe a proteção que sonhou e concretizou na sua expressão maior, a **Constituição Federal**.

Como leciona Caio Mário da Silva Pereira:

"A ciência jurídica deve dobrar-se às exigências da vida, amoldando-se a norma aos fatos novos."

Continua o mestre:

"A norma jurídica é votada com uma finalidade social; logo, a sua interpretação deve ser dominada pela pesquisa daquele objetivo" (Instituições, v.I, 8.<sup>a</sup> ed., Forense, RJ, pág. 143).

Ora, o CDC é claro em seu sentido social: proteger o consumidor dos abusos sofridos frente aos fornecedores, em face de sua flagrante vulnerabilidade (art. 4.<sup>o</sup>, inciso I).

E é neste passo, que entra o Ministério Público como peça fundamental deste esquema protetivo.

O art. 4.<sup>o</sup>, incisos II e IV, preceituam:

Art. 4.<sup>o</sup> — A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

II — ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor;

VI — coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo.

Em seguida o art. 5.<sup>o</sup>, inciso II, ressalta que:

Art. 5.<sup>o</sup> — Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:

II — instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público.

Por fim, o art. 6.<sup>o</sup>, inciso VI, dispõe:

Art. 6.<sup>o</sup> — São direitos básicos do consumidor:

VI — a efetiva **prevenção** e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Nota-se que o **Parquet** é arma fundamental e singular para a proteção do consumidor, missão que recebeu constitucionalmente (art. 129, III), corroborada pelo CDC. Somente uma interpretação descomprometida com a **Justiça e o Estado de Direito** negaria a atribuição aqui debatida. E como Erich Danz lecionava:

"A vida não está a serviço dos conceitos, mas sim estes a serviço da vida. É preciso atender, não ao que ordena a lógica, mas sim ao que exige a vida, a sociedade, o sentimento jurídico, tanto quanto seja necessário, segundo a lógica, como quando seja logicamente impossível." (A Interpretação dos Negócios Jurídicos, pág. 127).

Enfim, furtar este poder-dever do **Parquet** é desconhecer-lo profundamente, seja sob o aspecto histórico, seja sob o aspecto constitucional. E por final vale o testemunho do Professor Antonio Cláudio da Costa Machado:

"O Ministério Público não é, nada mais, nada menos do que tudo isso, um ente eminentemente social, a princípio pré-jurídico, mas que sempre transcendeu os

limites do direito positivo, e por isso se desenvolveu tanto, sendo hoje parte do próprio Estado para a concretização de uma das suas grandes aspirações: a realização da justiça. É algo que nasceu espontaneamente, como fruto de uma determinada necessidade social num determinado momento histórico, e que se desenvolveu por meio de novas necessidades em outros momentos, adquirindo o caráter de permanência durante esse processo de evolução. Na medida em que crescia, mais concreto e definido se tornou seu escopo, mais claro se tornou seu papel social. O Ministério Público é, portanto, este ente jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou" (A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, pág. 24, Saraiva, SP).

